

LOS PLANOS DE VIGENCIA DE LA IGUALDAD MATERIAL EN EL CONTEXTO DE UNA COMPRENSIÓN COMPLEJA DE LA IGUALDAD

THE LEVELS AT WHICH SUBSTANTIVE EQUALITY OPERATES IN THE CONTEXT OF A COMPLEX UNDERSTANDING OF EQUALITY

M^a ISABEL GARRIDO GÓMEZ
Universidad de Alcalá

Fecha de recepción: 25-1-08

Fecha de aceptación: 7-2-08

Resumen: *En el presente trabajo me ocuparé de los distintos planos en los que se desenvuelve la igualdad material. Primeramente, investigaré los problemas semánticos y prácticos del citado concepto en el contexto de una comprensión compleja de la igualdad, junto a las obligaciones que corresponden a los poderes públicos en el ámbito de su realización. Acto seguido, examinaré el discurso de la igualdad material, esclareciendo sus niveles de interacción y superación de la igualdad formal. Por último, analizaré las técnicas de igualdad de trato material como equiparación y como diferenciación para obtener una igualdad real y efectiva, a la vez que estudiaré cómo juegan los valores de la libertad, la igualdad y la solidaridad, llegando a la conclusión de que la discriminación positiva es uno de los instrumentos indispensables para la consecución de la igualdad material.*

Abstract: *This work deals with the various levels at which substantive equality operates. First, I investigate the semantic and practical problems of this concept in the context of a complex understanding of equality, together with the duties corresponding to the public authorities in the field of its implementation. Secondly, I examine the discourse of substantive equality, clarifying the levels at which it interacts and supersedes formal equality. Finally, I analyse techniques for obtaining equality of substantive treatment, and at the same time I study how the values of freedom, equality and solidarity play their part, and reach the conclusion that positive discrimination is one of the essential instruments for obtaining substantive equality.*

Palabras Clave: igualdad material, igualdad formal, discriminación
Keywords: substantive equality, formal equality, discrimination

1. LA COMPRENSIÓN DINÁMICA DE LA IGUALDAD

El concepto contemporáneo de la *igualdad* tiene su origen en la creación de un orden jurídico y social en el que la independencia del individuo únicamente podía obtenerse posicionando por encima de él al Estado-norma, conectada la concepción de la independencia con el nivel formal y la autonomía económica¹. Con la Revolución francesa, la igualdad adquirió una gran importancia por la exigencia de crear condiciones para que cada individuo pudiera obtener los mismos bienes y se identificó con la igualdad de oportunidades. Lo que implicaba la existencia de leyes universales y abstractas, teniendo que renunciar el Estado a tomar medidas en el ámbito socio-económico y ceñirse a ordenar las áreas de carácter civil, procesal y penal. La conexión entre la igualdad y la generalidad de la ley hacía inútil la tarea de destacar los criterios de diferenciación en base a los que se pudieran establecer lícitamente diferencias².

En esta época inicial, las normas eran generales en cuanto a su destinatario y abstractas en orden a la acción regulada. Como indica Bobbio, esos dos requisitos tienen un origen ideológico, y no lógico, respondiendo a la igualdad, fin que debe realizar el Derecho, ya que la ley es igual para todos. En relación con la abstracción, ella tiende a la realización de otro fin del Derecho, la certeza jurídica. Mas el que todas las normas jurídicas de un sistema sean generales y abstractas sólo es posible en un modelo ideal, habiendo también normas particulares y concretas. De lo que se deduce que, si combinamos los cuatro principios, obtendremos: “normas generales y abstractas”; “normas generales y concretas”; “normas particulares y abstractas”; y “normas particulares y concretas”³.

La igualdad se transformaría con la toma de conciencia de que el modelo liberal solamente sería válido para alcanzar la igualdad real si hubiera una socie-

¹ P. BARCELONA, *El individualismo propietario*, presentación de M. Maresca, trad. de J.E. García Rodríguez, Trotta, Madrid, 1996, pp. 55 y ss.

² J. SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, prólogo de J.E. Soriano, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1985, pp. 25-26 y 129.

³ N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, trad. de E. Roza Acuña, Debate, Madrid, 1998, pp. 143-146.

dad homogénea⁴. La necesidad de igualar y diferenciar por medio de la ley fue adquiriendo cada vez más trascendencia al compás de que el Estado desempeñara una función distribuidora de recursos. Desde esta perspectiva, es claro que la igualdad se presenta como criterio de distribución de los contenidos de libertad que se proyecta en sus titulares, pudiendo afirmar que la formal conlleva que no haya discriminación, esto es, implica un trato igual a todos los individuos. En este punto hay que considerar que, determinados los contenidos de los derechos y su protección para todos los sujetos, no es posible que se lleven a cabo distinciones en cuanto a su titularidad o ejercicio⁵. Como pone de relieve Rosenfeld, la trayectoria histórica de la igualdad constitucional es el resultado de una larga y difícil lucha contra los privilegios y *status* feudales. Esta lucha es dialéctica y se divide en tres etapas. En la primera, el correlato de la diferencia es la desigualdad, “a aquellos que son caracterizados como diferentes se les trata como inferiores o superiores dependiendo de su posición en la jerarquía”. En la segunda fase, la identidad es el correlato de la igualdad, “reunidos ciertos criterios, todo el mundo tiene derecho a ser tratado igualmente”. Al final, el correlato es la diferencia, pues “cualquier persona será tratada en proporción a sus necesidades y aspiraciones”⁶.

En efecto, al hilo de los cambios sufridos, el paradigma liberal estima que los miembros de una sociedad son actores de una economía de mercado, aseguradora de las condiciones fácticas de los derechos individuales. De esta manera, el reconocimiento de un derecho individual representa el ejercicio de la autonomía privada por la estipulación de contratos y la obtención de bienes o prestaciones de los demás⁷. El principio de igualdad se identifica

⁴ A.E. PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, edic. a cargo de R. González-Tablas Sastre, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2007, pp. 39 y ss.; J. SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, cit., p. 26; S. WHITE, *Equality*, Polity Press, Cambridge (Reino Unido), 2007, pp. 55 y ss.

⁵ R. de ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2001, p. 71; G. PELLISIER, *Le principe d'égalité en droit public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1996, pp. 36 y ss.

⁶ M. ROSENFELD, “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”, trad. de J. Dorado Porras, *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 415. En general, ver VV.AA., *L'idea di eguaglianza*, introducción de I. Carter, Feltrinelli, Milán, 2001.

⁷ M.I. GARRIDO GÓMEZ, *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, pp. 44 y ss.

con el de legalidad, infringiéndolo las actuaciones ilegales del poder. En tal sentido, toda la evolución del positivismo jurídico se mueve en la relación entre el Derecho y el poder, y el poder y el Derecho, siendo los dos conceptos-límite la soberanía y la norma fundamental. Las dos hipótesis derivan de concebir, respectivamente, al Derecho y al Estado como un sistema de normas o como un sistema de poderes dispuestos en orden jerárquico, dividiéndose, como hace Bobbio⁸, una simetría entre el sistema kelseniano de la norma fundamental y el tradicional del poder soberano, de forma que para la teoría normativa es la norma fundamental la que establece el poder de producir normas jurídicas válidas en un territorio y destinadas a una población. Ahora bien, para la teoría política, es el poder constituyente el que crea normas que vinculan el comportamiento de los órganos del Estado y, en segunda instancia, de los ciudadanos. Recogiendo la idea de Ferrajoli⁹, la legalidad estricta ha introducido una dimensión sustancial en la teoría de la validez y de la democracia, surgiendo una disociación y una divergencia entre validez y vigencia de las normas, entre deber ser y ser del Derecho, entre legitimidad formal y legitimidad sustancial de los sistemas políticos. La especificidad del moderno Estado constitucional de Derecho radica en que las condiciones de validez fijadas por sus leyes fundamentales incorporan requisitos de regularidad formal y condiciones de justicia sustancial¹⁰.

La exigencia de la generalización en la igualdad ante la ley la sitúa Pérez Luño en las doctrinas de San Isidoro, Santo Tomás de Aquino, Suárez, Grocio, Locke y Montesquieu, sin embargo, el problema radica en que no encuentra correspondencia con la estructura actual del Ordenamiento jurídico ni de las instituciones estatales. El sistema jurídico, en consecuencia, no puede considerarse ya como un conjunto compacto de normas. Así, exclusivamente por una teoría de las contradicciones sociales es factible ofrecer instrumentos para una comprensión que se adecúe formalmente a la fase contemporánea, lo cual hace que sea preciso recuperar la relación social concreta de la cual brote una elaboración conceptual¹¹. Al respecto, pienso

⁸ N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, edic. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 366 y 367.

⁹ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2006, p. 68.

¹⁰ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 2006, p. 358.

¹¹ A.E. PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, cit., pp. 22 y 23.

que es ilustrativo el ejemplo que pone Barcellona al preguntarse cómo se elabora la categoría del contrato y responder que a través de la extensión del modelo contractual como esquema normal de relación de empresarios libres e iguales, regulando los intereses por acuerdos que ellos establecen. No obstante, la generalización de las coordenadas expresadas son una generalización históricamente condicionada por una formación social, llegando a la conclusión de que “para desvelar el significado de la generalización de la categoría conceptual mencionada, será necesario llevar a cabo la reconstrucción de la formación social, de tal manera que pueda adecuarse a un substrato específico y a un modelo determinado: la relación entre empresarios libres”¹².

En lo tocante a los postulados de las igualdades formal y material de nuestra Constitución, nace dentro de la máxima de igualdad una colisión fundamental que consiste en que lo que, según uno de los principios, es un tratamiento igual, según otro, es un tratamiento desigual, naciendo una paradoja¹³. Enlazadas con las grandes discusiones que se superponen a la satisfacción de los programas de esta clase de igualdad, las soluciones diseñadas por los autores han sido muy numerosas, sistematizando Preuss las estrategias en cuatro grupos: El primero suprime los derechos distributivos que son un *handicap* para que el mercado consigne su función de asignación, no siendo esta propuesta admisible, ya que los resultados restaurarían la hegemonía de la burguesía y arriesgarían que la clase obrera fuera acometida por el mercado, facultada alguna dictadura política. El segundo desvela la conversión de los derechos sustantivos en procesales, perjudicial para las personas que no son capaces de perseguir con eficiencia sus intereses por falta de recursos. El tercero se remite a lo que se ha venido en llamar *Derecho responsable*, contenido en el artículo 18 de la *Grundgesetz* alemana, que dictamina la pérdida de algún derecho constitucional acomodado a un “uso inapropiado”, o sea, a un uso que omite las derivaciones negativas del sistema constitucional en su conjunto, cosa que podría devaluar las reclamaciones legales. Y el cuarto se atiene a la doctrina teubneriana de la creación de un *Derecho*

¹² P. BARCELLONA, “La formación del jurista”, en P. BARCELLONA, D. HART y U. MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, trad. de C. Lasarte, Civitas, Madrid, 1988, pp. 54 y ss.

¹³ A.E. PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, cit., pp. 75 y ss. Sobre este tema, ver R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 403-405.

reflexivo que quiere la constitucionalización de una “conciencia organizativa” de las organizaciones en respuesta a las demandas sociales¹⁴.

En la igualdad material, la reconstrucción del concepto de solidaridad es coherente con una exigencia ética, jurídica y política, descansando en un consenso amplio de la concepción de la justicia. Sin embargo, la solidaridad puede coincidir con una versión antigua, mecanicista, de origen cristiano y sentido vertical; y adaptarse a una versión moderna que reviste un principio jurídico-político, orgánico y horizontal¹⁵. En el entorno de los Estados sociales y democráticos de Derecho, la solidaridad es “un deber general o especial, preferentemente positivo (en alguna ocasión consiste en una omisión de interferir), exento de contraprestación simétrica o igualitaria que sustituye el contrato por la alianza”. No se reduce a una reciprocidad entre derechos y deberes, sino que compele a una responsabilidad mutua¹⁶, aconsejándose deslindar la virtud del principio jurídico-político. Como virtud privada y pública, la solidaridad es ambigua, desdoblándose el cumplimiento del principio en responsabilidad de los Estados y de sus autoridades nacionales, regionales y locales¹⁷.

Por otro lado, hay una transformación que hace que hablemos de un Estado cosmopolita en el que se mira a la globalización, mundialización e internacionalización, apareciendo una instancia de poder superior a la del Estado y, con respecto al Derecho, se produce una apertura de su ámbito de

¹⁴ U.K. PREUSS, “El concepto de los derechos y el Estado del bienestar”, trad. de F. Serra, J. Aparicio y F. García Selgas, en E. OLIVAS (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 88 y 89.

¹⁵ J. de LUCAS MARTÍN, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1998, p. 76; G. PÉCES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís Roig, C.R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 263 y ss.; L. TRUEBA, “Solidaridad y Seguridad Social”, *Isonomía*, núm. 1, 1994, pp. 228 y 229; E.J. VIDAL GIL, *Los derechos de solidaridad en el Ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 161. En general, ver C. BUZZACCHI, *Dalla coesione all'eguaglianza sostanziale: il percorso comunitario*, Giuffrè, Milán, 2005; J.R. PENNOCK y J.W. CHAPMAN (ed.), *Equality*, Aldine Transaction, New Brunswick, 2006.

¹⁶ E.J. VIDAL GIL, *ibidem*, pp. 223 y ss.

¹⁷ J. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político”, *Sistema*, núm. 101, 1991, pp. 123-135; *id.*, “Solidaridad y derechos de las minorías”, en VV.AA., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Edit., Madrid, 1994, pp. 149-160; J. de LUCAS MARTÍN, *El concepto de solidaridad*, *cit.*, pp. 79 y ss.

validez, lo que implica que el individuo tenga, en ciertos supuestos, una relación con esta nueva dimensión. Simultáneamente, se mira a la protección del localismo y del regionalismo, lo cual supone una descentralización de los temas de decisión jurídica y una fragmentación de la soberanía, defendiendo los derechos a la diferencia como valor jurídico-político, ya que esas diferencias son las que identifican a los seres humanos y son las que sirven para expresar sus necesidades específicas. En este contexto, la justificación de los Estados sociales se basa en el logro de la estabilidad y de la justicia social, acercando la libertad y la igualdad¹⁸. La ciudadanía se mueve entre un plano interno y estatal, entendido como fragmentación, y otro plano externo y desterritorializado, entendido como cosmopolita y global¹⁹. El problema es encontrar la compatibilización entre las dos realidades como punto de equilibrio, junto a la crisis del Estado-Nación y los cambios en la democracia representativa²⁰. Si bien, como opina Laporta, toda decisión que pretenda ser igualitaria tiene que poder “apelar a normas universales (o principios) de igualdad para dotarse de una inicial justificación formal”, mas se trata de una justificación de la decisión, no de su contenido, el cual se asienta en el “paralelo contenido igualitario de los principios a que apela”²¹.

Globalmente, las necesidades proporcionan argumentos a favor de una respuesta jurídico-normativa a determinadas exigencias. Las necesidades permiten argumentar en concreto de acuerdo con los parámetros de razonabilidad, de modo que, desde las necesidades básicas, podamos fundamentar el derecho a la igualdad material, aunque no toda necesidad precise un reconocimiento y cobertura jurídica. Las necesidades básicas conforman un catálogo mínimo que puede concluir en la consecución de una vida digna, calidad de vida o bienestar. Esas necesidades conforman buenas razones o razones suficientes preferibles a otras y nos conducen a la esfera de la fundamentación de

¹⁸ E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Filosofía política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 130-133; y las referencias hechas a R. ZINTI, “Neoliberalismo y Estado social”, *Doxa*, núm. 13, 1993, p. 44.

¹⁹ M.J. FARIÑAS DULCE, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2000, p. 42.

²⁰ M.J. FARIÑAS DULCE, *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud postmoderna”*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2006, pp. 9 y ss., y 47.

²¹ F.J. LAPORTA SAN MIGUEL, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, núm. 67, 1987, p. 10.

derechos, dándonos respuesta a las cuestiones de ¿por qué debe aceptarse que tengo un derecho? y ¿en base a qué razones sería requerible una respuesta normativa? Algunas necesidades sirven de fundamento a esta clase de igualdad, porque justifican pretensiones incluidas entre las demandas de justicia y legitimidad que justifican derechos. El criterio de relevancia que debe regir en la adopción de toda medida debe consistir en el respeto a la autonomía individual y a la satisfacción de necesidades básicas, pertenecientes al ámbito moral. A los dos anteriores se une un tercero, que es descrito por Asís Roig como el imperativo de comprender los derechos según el resultado de la puesta en común de diferentes demandas vinculadas al logro de planes de vida²².

La separación tajante entre la igualdad formal y la material traería consigo la perduración de males que han aquejado a la sociedad tradicional, consolidando situaciones denunciabiles de desigualdad social no admisibles desde la perspectiva de la justicia. Por consiguiente, es preciso reconocer una relación clara entre las dos y partir de la igual dignidad de todos²³. Al hilo de esta argumentación, algunos autores han sustentado que la no discriminación sirve como puente de unión entre las igualdades señaladas, al “querer y operar la realización inmediata la eliminación de la discriminación, que en algunos casos significará un mandato de participación y, en otros casos, una diferenciación que elimine la discriminación, en la línea de la igualdad sustancial del artículo 9.2 de la CE”²⁴.

2. EL DISCURSO DE LA IGUALDAD MATERIAL

En una primera aproximación, queda explicitado lo pernicioso de que la sociedad se autorregule, haciéndose inexcusables técnicas administrativas,

²² M.J. AÑÓN ROIG, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 265 y ss.; R. de ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, cit., p. 73; T. MARAHUN, “Social Rights Beyond the Traditional Welfare State. International Instruments and the Concept of Individuals Entitlements”, en E. BENVENISTI y G. NOLTE (eds.), *The Welfare State, Globalization, and International Law*, Springer, Berlín, 2004, p. 305.

²³ R. de ASÍS ROIG, “La igualdad en el discurso de los derechos”, en J.A. LÓPEZ GARCÍA y J.A. del REAL (eds.), *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*, Seminario de Estudios sobre la Democracia de la Universidad de Jaén-Dykinson, Madrid, 2000, pp. 151 y ss.; M. RODRÍGUEZ PIÑERO y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 25.

²⁴ M. RODRÍGUEZ PIÑERO y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *ibidem*, pp. 76 y 77.

económicas, decisionales ... , que rompan la autonomía de los sistemas referentes al Estado y a la sociedad. Conexión que se debe sedimentar en el desarrollo o control de sistemas sin los que hoy no se puede vivir, la seguridad de las dimensiones vitales del hombre y la realización de prestaciones sociales garantizadas constitucionalmente. En coherencia, las prestaciones se sintetizan en la regulación de un salario mínimo, revisado de acuerdo con las modificaciones económicas; una política de pleno empleo; la atención de las personas incapacitadas para trabajar temporal o permanentemente; y el acrecentamiento de las posibilidades vitales de la población, apoyadas en una distribución justa de ingresos conforme a la coyuntura económica, por el creciente acceso a los bienes culturales y el perfeccionamiento de los servicios sociales²⁵.

Hay una igualdad jurídica básica, ésta es la de que todos somos sujetos de Derecho, teniendo derechos y obligaciones. Según se ha evidenciado páginas atrás, la igualdad formal enlaza con la generalidad y la abstracción, que aplicadas a los derechos revierte en que todos somos iguales en su titularidad y ejercicio. La noción de justicia formal satisface el valor de la igualdad de que los sujetos a los que se destinan las reglas se adapten a ellas. El que esta igualdad sea relativa, en dependencia del criterio que haya inspirado la regla, de la cantidad de ventajas o de desventajas por distribuir y de la cantidad de personas a las que la regla alude no impide que su obediencia tenga el resultado de la igualdad de tratamiento²⁶.

Enlazando con lo dicho anteriormente, entiendo que la igualdad como punto de partida se identifica con la igualdad formal, la cual choca con obstáculos que indirectamente están amparados en la ley, supuestos del patrimonio o del azar, que hacen que personas que tienen la misma capacidad ostenten oportunidades desiguales²⁷. La igualdad jurídica es indispensable para adquirir la real en un sentido negativo, dado que la concurrencia de discriminaciones legales limita los logros planteados, parejamente que se permite acudir a los tribunales para contrarrestarlas. Mas la igualdad formal

²⁵ M. GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 2005, pp. 21-25 y 29-30, en cuanto al contenido de la *procura existencial* definido por Forsthoff.

²⁶ N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 2001, pp. 17 y 18; F.J. LAPORTA, "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *cit.*, pp. 3-31.

²⁷ C. ALARCÓN CABRERA, "Reflexiones sobre la igualdad material", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. IV, 1987, p. 34.

no es suficiente, se requiere la aplicación efectiva del principio de igualdad social que compense las desigualdades, realizado por la elevación o la promoción de las personas desfavorecidas, o con la limitación o la disminución de la riqueza y del poder de las personas más favorecidas²⁸.

Dada la idiosincrasia de la igualdad, su juicio excluye lo idéntico y lo semejante debido a que se parte de la diversidad. La identidad contempla dos sujetos distintos, desconociendo los elementos que son diferentes entre sí; la semejanza no precisa que se dejen a un lado los aspectos diferenciadores. Cuando llevamos a cabo un juicio de igualdad es necesario que practiquemos una operación relacional, quedando claro que algo es igual a otra cosa con la que se compara, consumándose un juicio valorativo en el que se consideran hechos e inferencias inherentes²⁹. La igualdad de tratamiento se ejecutará cuando A y B sean tratados igualmente por C, si C da el mismo beneficio o carga específica a A y a B. El que A y B reciban una distribución igual depende de la regla que se aplique³⁰. El principio se desglosa en la obligación que posee el Ordenamiento de impedir que se positive *a priori* cualquier forma de discriminación negativa, y en la implantación de discriminaciones positivas sobre los casos que tradicionalmente han desenvuelto situaciones de desigualdad³¹.

Aclarando lo expuesto, se desprende que los juicios de igualdad son siempre valorativos y que recaen en aspectos iguales y desiguales. Como indica Prieto Sanchís, la clave radica en fijar los rasgos que representan una ra-

²⁸ E. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, "Los derechos de las mujeres", en J. BALLESTEROS (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 156 y ss.; *id.*, *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 22-24; Ch. TOBLER, *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Intersentia, Amberes-Oxford, 2005, p. 364.

²⁹ L. GIANFORMAGGIO, "Identity, Equality, Similarity and the Law", *Rechtstheorie*, núm. 15, 1993, pp. 121-134; L. PRIETO SANCHÍS, "Igualdad y minorías", *Derechos y Libertades*, núm. 5, 1995, pp. 112-115.

³⁰ F.E. OPPENHEIM, Voz "Igualdad", en N. BOBBIO y N. MATEUCCI (dirs.), *Diccionario de Política*, vol. 1, trad. de R. Crisafio, A. García, M. Martín y J. Tula, Siglo Veintiuno de España, Madrid, 1982, p. 803.

³¹ R. de ASÍS ROIG, "La igualdad en el discurso de los derechos", *cit.*, pp. 155 y ss.; A. RUIZ MIGUEL, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en L. GARCÍA SAN MIGUEL (ed.), *El principio de igualdad*, Universidad de Alcalá-Dykinson, Madrid, 2000, p. 160; J.J. SANTAMARÍA IBEAS, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Universidad de Burgos-Dykinson, Madrid, 1997, p. 295.

zón para un tratamiento igual o desigual, rasgos que han de ser simultáneamente la condición de aplicación y el fundamento de la consecuencia jurídica³². No obstante, aunque se reconozca la igualdad formal, no hay obstáculo para que, gracias a ella, sea alcanzable la igualdad material³³. De este modo, apreciamos que si el legislador puede dictar normas singulares, es preciso que se especifiquen los criterios de diferenciación permitidos y los que no lo están. Aserción que ha sufrido una transformación, ya que los criterios que en un principio se podían tener en cuenta eran los de naturaleza objetiva, es decir, los que no se refirieran a aspectos subjetivos, tales como el nacimiento, la raza, el sexo, la lengua, la religión y cualquier otra condición personal o social. Pero, contemporáneamente, la igualdad se ha objetivado y se estima como una técnica destinada a eliminar todos los problemas de falta de armonización en el seno del Ordenamiento jurídico.

Lo que se ha provocado es la necesidad de reinterpretar la igualdad formal, de manera que la sustancial se convierta en su presupuesto y la dote de un contenido material, llegando a comprenderse como una aparente derogación de aquélla, aun cuando sólo sea en apariencia porque se tratan diversamente situaciones que, de hecho, son diferentes³⁴. Por tanto, habría que aplicar preferentemente el derecho a un trato desigual frente a la igualdad formal, lo que ocurriría cuando en el supuesto de juzgar no existieran otros principios constitucionales que fueran prioritarios frente a tal derecho. Incluso, se podría sostener que la igualdad material es un valor que hay que proteger en el juicio de igualdad, estableciéndose la necesidad de efectuar un juicio más riguroso en el caso de que se implicaran factores referentes a grupos especialmente vulnerables, conforme a lo previsto en el artículo 9.2 de la CE. Esta tesis se debe a que el mencionado precepto puede justificar que el legislador emplee como criterios de distinción los que están prohibidos en el artículo 14 del mismo texto legal, si lo que se pretende es llevar a cabo una política promocional de las personas o grupos en los que concu-

³² L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1998, pp. 82 y ss.

³³ D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto disuguale. Contributo allo studio dell'azioni positive nella prospettiva costituzionale*, CEDAM, Padua, 2002, pp. 30 y ss.; J. SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, cit., p. 28.

³⁴ J. SUAY RINCÓN, *ibidem*, pp. 33 y 38. En relación con esta cuestión, cfr. M.P. PATERNÒ, *Dall'eguaglianza alla differenza. Diritti dell'uomo e cittadinanza femminile nel pensiero politico moderno*, Giuffrè, Milán, 2006.

ren las circunstancias que se entienden agravan su desenvolvimiento en la sociedad³⁵.

Ahora bien, el Ordenamiento estima *a priori* que todos los sujetos que están en una situación igual han de tener el mismo trato y, contrariamente, que, cuando los sujetos están en situaciones distintas, entonces el trato ha de ser diferente, e igual en cada una de esas situaciones, debiendo subrayar cómo y a quién se establecen las excepciones en la elaboración, interpretación y aplicación del Ordenamiento jurídico³⁶. Desde el punto de vista de la igualdad formal, los juicios de igualdad se centran en el lenguaje *del* Derecho, o sea, en el lenguaje del legislador, en el de las fuentes y en el lenguaje *sobre* el Derecho dentro del discurso jurídico de los juristas³⁷. En relación con el lenguaje de las fuentes, el juicio de igualdad conforma una norma a la que es atribuible la categoría de principio. Es una norma de igualdad que, si tiene el rango de constitucional, puede dirigirse al legislador ordinario o a los jueces, supuestos que constituyen normas de segundo grado. En cuanto a la igualdad en el lenguaje de los juristas, un juicio de este tipo puede efectuar una función prescriptiva o descriptiva. En uno de los casos, hay una recomendación de política del Derecho que tiene como destinatario al legislador o al juez; y, en el otro, lo que se expresa es una proposición descriptiva, en la que hay una norma que describe el contenido de una norma de igualdad positiva o la ausencia de normas positivas diferenciadoras³⁸.

Sin embargo, en la igualdad material, los juicios de igualdad afirmativos y los negativos no son absolutamente simétricos. El que dos individuos, o clases de individuos, sean sustancialmente iguales se interpreta como que deben ser tratados del mismo modo. Es una directiva de política del Derecho cuyos destinatarios son los legisladores o los jueces. Esa presuposición, declara Guastini, es formulable en forma de proposición normativa asimilada en los extremos que siguen: “Hay al menos una norma que atribuye a “x” y a “y” situaciones jurídicas subjetivas distintas”. El enunciado por el que dos individuos, o clases de individuos, no son sustancialmente iguales se

³⁵ N. PUMAR BELTRÁN, *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 115 y 116.

³⁶ J.J. SANTAMARÍA IBEAS, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, cit., pp. 284 y 300.

³⁷ R. GUASTINI, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 193.

³⁸ *Ibidem*, pp. 194 y ss.

funcionaliza según las circunstancias y el contexto del discurso. Un enunciado que se atenga a este postulado se puede emplear para expresar la directiva por la cual hay que tratar distintamente, y para expresar que los sujetos, o conjunto de ellos, deben ser igualados³⁹; radicando el fundamento del discurso de la igualdad material en las necesidades humanas –bien que no es negociable, o estado que plasma circunstancias no negociables y no encaminadas hacia ninguna otra alternativa–, significativas de una manifestación de la capacidad del ser para vencer los límites de su existencia⁴⁰.

3. TÉCNICAS PARA OBTENER UNA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA

Las técnicas para obtener una igualdad real y efectiva, esto es, el desenvolvimiento de la igualdad de trato material, son la igualdad como equiparación y como diferenciación. La primera da cuenta del respeto y protección de las necesidades básicas como elemento cuya racionalidad y fundamentación de los derechos es más aceptable. Y la segunda consiste en la desaparición de un privilegio dentro de su estimativa de derecho fundamental, en tanto es interpretable como igualdad de trato material como equiparación, al no hacerse relevante la circunstancia diferencial para marcar una desigualdad; en el establecimiento de un derecho subjetivo que obliga a los poderes públicos a satisfacer una necesidad no realizable privadamente; y en la determinación de principios que apremian a ser desenvueltos con posterioridad por una ley⁴¹.

La igualdad de trato material como equiparación es necesariamente abierta y relativa en cuanto lo que en una época y sociedad puede parecer relevante en otra no lo es. El considerar qué elementos son los que no permiten un trato diferenciado deriva de una serie de ponderaciones y de argumenta-

³⁹ *Ibidem*, pp. 196-198.

⁴⁰ M.J. AÑÓN ROIG, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, cit., pp. 191-193 y 265-266; F.J. CONTRERAS PELÁEZ, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos-Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1994, pp. 52 y ss.; J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *Políticas de bienestar. Un estudio sobre derechos sociales*, Tecnos-Universidad de la Rioja, Madrid, 1998, p. 166.

⁴¹ M.J. AÑÓN ROIG y J. GARCÍA AÑÓN (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 153 y 154; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, con la colaboración de R. de Asís, C.R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., p. 291.

ciones racionales que han sido aceptadas mayoritariamente y que se han incorporado a la ética pública⁴². Y en la igualdad de trato material como diferenciación, el establecimiento de los datos relevantes, que desde la perspectiva de la igualdad formal sólo posee repercusión directa en el seno del sistema, aplicando o no una norma jurídica determinada, es posible que permita la reflexión sobre criterios de redistribución general que faciliten la satisfacción de necesidades básicas⁴³. Lo relevante en ambos casos es establecer la justificación de la elección de los criterios que sirven para que el legislador o el juez establezcan la relevancia o irrelevancia de caracteres que hacen que hablemos de la igualdad como equiparación o como diferenciación, según acabamos de ver. Situados en el supuesto de las discriminaciones positivas, vemos que lo problemático es determinar los criterios que se han de tener en cuenta para especificar qué grupos y en qué aspectos merecen tal protección⁴⁴.

De ahí que convenga deslindar las diferencias –características que diferencian y, simultáneamente, individualizan a las personas– de las desigualdades –disparidades entre sujetos originadas en los derechos patrimoniales y las posiciones de poder y sujeción–. Mas advertimos que los dos conceptos están unidos a los derechos fundamentales de libertad, en cuanto al igual respeto a todas las diferencias, y a los sociales, en cuanto derechos a la reducción de desigualdades⁴⁵. Móviles por los que Rawls insiste en que “la estructura básica de la sociedad sea organizada de tal manera que las desigualdades en obtener bienes primarios de bienestar, ingreso, poder y autoridad estén guiadas a producir el mayor beneficio para los menos aventajados en la obtención de bienes primarios”⁴⁶.

⁴² R. MARTÍNEZ TAPIA, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, Universidad de Almería, Almería, 2000, p. 17.

⁴³ J. SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, cit., pp. 35 y 36.

⁴⁴ A. RUIZ MIGUEL, “Sobre el concepto de igualdad”, en M. CARBONELL (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D.F., 2003, pp. 4 y ss.; R. ZUCKER, *Democratic Distributive Justice*, Cambridge University Press, Cambridge (Reino Unido), 2001, pp. 142 y ss.

⁴⁵ M.J. AÑÓN ROIG, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, D.F., 2001, pp. 23 y ss.; L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 82 y 83. No se puede confundir la diferencia con la desigualdad, en este binomio la igualdad parte de la diversidad, la cual se opone a la homogeneidad y a la identidad (J. de LUCAS MARTÍN, “La igualdad ante la ley”, en E. GARZÓN VALDÉS y F.J. LAPORTA (eds.), *Derecho y justicia*, Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2000, p. 493).

⁴⁶ G. PEREIRA, *Igualdad y justicia. La propuesta de justicia distributiva de John Rawls*, Nau Llibres, Valencia, 2001, p. 26.

En lo atinente al concepto de no discriminación, aunque tiene aspectos distintos de la igualdad, lo cierto es que hay una zona de transición que los relaciona, ya que son graduables y no se corresponden con otra distinción que haya de tener una relevancia en el entendimiento del concepto abstracto de igualdad en cualquiera de sus aplicaciones. En este punto, Ruiz Miguel hace una distinción entre lo que son las reglas de igualdad relativas, las cuales prescriben un trato igual para una categoría de personas sólo en cuanto ese trato se otorgue a otra persona; y no relativas, que establecen los derechos y deberes de varias personas sin referencia a la relación con otras. En el primer caso, la igualdad aparece como netamente deseable con respecto a un trato determinado; mientras que en el segundo su evaluación es neutra, llegando a satisfacerse con la igualdad, ya sea en su trato o en su negación. En consecuencia, en este último tipo, resulta indiferente desde el ángulo de la justicia “que la igualdad se restablezca por supresión del privilegio a la persona o categoría a las que se beneficia o por su generalización y conversión en Derecho”. Así pues, en la medida en que las leyes establezcan desigualdades que no afecten a derechos básicos o a derechos, intereses o situaciones que sea inaceptable o absurdo suprimir, la cláusula de igualdad ante la ley parece que es relativa en los casos en que toma como base algún rasgo discriminatorio y en los que no la toma. Teniendo en cuenta estas tesis, se llega a la conclusión de que el restablecimiento de la igualdad puede hacerse denegando la aplicación del trato a los sujetos favorecidos por la ley y, ampliando su aplicación, a los sujetos que excluye⁴⁷.

Además, no hay que olvidar que hay un concepto restringido de discriminación que equivale a un tipo de desigualdad poseedora de un prejuicio social descalificatorio, apoyado en la persecución de un rasgo físico o cuasifísico y que afecta a la igualdad más esencial de los que tienen ese rasgo. La conversión de lo que son las discriminaciones en un sentido restringido a las desigualdades ante la ley no se pueden considerar como una salto cualitativo⁴⁸ y, por regla general, el Tribunal Constitucional español no deja paso a la aceptación del recurso de amparo cuando concurre la diferenciación de situaciones que, debiendo ser estimadas desigualmente, son tratadas indiferencialmente por el legislador⁴⁹.

⁴⁷ A. RUIZ MIGUEL, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pp. 160 y 161.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 168 y 169.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 191.

Por lo anterior, inferimos la dificultad de la que es portadora la igualdad. A título ilustrativo, L. Hierro, tras los pasos de Hausman y McPherson, enumera la igualdad de bienestar, la igualdad de recursos o bienes primarios, la igualdad de oportunidades para el bienestar, la igualdad de capacidades y la igualdad compleja⁵⁰. Desde un liberalismo progresista, Rawls parte del concepto de justicia aplicado a la estructura básica del sistema político y social, y le asocia dos principios: a) que “cada persona que participa en dicho sistema, o se ve afectado por él, tiene un igual derecho a la más amplia libertad compatible con una similar libertad para todos”; y b) “las desigualdades (como lo permite y define el patrón de distribución de derechos y deberes) son arbitrarias a no ser que sea razonable esperar que redundarán en provecho de todos y con tal de que las posiciones y cargos a los que están adscritas, o desde los que es factible ser ganadas, sean accesibles a todos”⁵¹. El plan de Rawls consiste en “maximizar la autonomía de cada individuo por separado en la medida en que no ponga en disposición de menor autonomía comparativa a otros individuos”, aserción que, para Nino, refuerza el principio de dignidad de la persona: la atribución de igual valor al consentimiento de los individuos *normales* y *adultos* presupone “una equiparación entre las posibilidades de elección”. Con lo que la satisfacción de los bienes primarios determina el bienestar individual⁵², aportando la obra *El liberalismo político* no sólo elementos de la justicia, sino el fundamento objetivo para comparar situaciones individuales de bienestar entre los ciudadanos⁵³.

En una posición mucho menos flexible, la alternativa que presenta Dworkin es la de la igualdad de recursos. Dworkin mantiene que “puesto que la igualdad liberal depende de mecanismos económicos y políticos que revelan los verdaderos costes de oportunidad de los recursos impersonales, una sociedad igualitaria debe ser una sociedad libre. Invasiones de la libertad –leyes penales que prohíban actividades o estilos de vida que algunas

⁵⁰ L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002, p. 96.

⁵¹ J. RAWLS, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, selección, traducción y presentación a cargo de M.A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 172 y 173.

⁵² C.S. NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 345 y 346.

⁵³ J. RAWLS, *El liberalismo político*, trad. de A. Doménech, Crítica, Barcelona, 2006. Ver también J. MARTÍNEZ DE PISON, *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., pp. 152 y 153.

personas quieran emprender o desarrollar, por ejemplo- constituyen invasiones de la igualdad, a no ser que sea justificable su necesidad -para proteger una distribución igualitaria de recursos y oportunidades- proporcionando seguridad a la persona o a la propiedad, o por algún otro motivo”⁵⁴.

Enmendando las aseveraciones de Rawls y Dworkin, lo relevante es que haya una igualdad en la satisfacción de necesidades básicas que permita contextualizadamente a todas las personas desenvolverse como agentes morales, con un índice que vendría a postular un *minimum*: el que “la justicia exigiría satisfacer igualmente para todos”. Creyendo que no estaría justificada ninguna acción que aumente la distancia con el mínimo aludido, aunque produjera globalmente mayores cotas de igualdad; el principio de diferencia justificaría todo tipo de acción que se consumara y que acercara al mínimo absoluto a las personas que se encontraran en un nivel inferior, a pesar de que el conjunto de medidas adoptadas supusieran una desigualdad superior. Apostilla L. Hierro que, si la justicia y la eficiencia están relacionadas, quedaría por resolver si es posible dictar un tope en función de la satisfacción de las necesidades básicas de los más aventajados en la sociedad⁵⁵.

4. FUNDAMENTOS DE LA VIGENCIA DE LA IGUALDAD MATERIAL

Cuando analizamos la igualdad material, creo que no hay que obviar el juego entre la libertad y la igualdad, aseverándose que tienen características que las diferencian, pero no son contrapuestas ni están en conflicto. En los Estados liberales el eje central es el individuo, siendo la libertad indispensable a la hora de realizar la autonomía moral; un liberalismo radical desemboca en el sacrificio de la igualdad a favor de la libertad y, viceversa, el socialismo extremo sacrifica la libertad. La igualdad y la libertad son

⁵⁴ R. DWORKIN, *Ética privada e igualitarismo político*, trad. de A. Domènech, Paidós-Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993, pp. 89 y 90; e “Igualdad de recursos”, trad. de F. Aguiar, en *id.*, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 75-131.

⁵⁵ L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, *Justicia, igualdad y eficiencia*, cit., pp. 96-99 y 102. Sobre esta cuestión, cfr. J. CRUZ PARCERO, “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en M. CARBONELL, J.A. CRUZ PARCERO y R. VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2001, p. 111; M.I. GARRIDO GÓMEZ, *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 117 y ss.

complementarias y no se pueden entender la una sin la otra, si bien son distinguibles. La igualdad puede revestir restricciones de la libertad para algunas personas, pero hace libres a aquellas que sin una acción de los poderes públicos nunca desenvolverían niveles de autonomía personal adecuados y dignos en una sociedad. Consiguientemente, la igualdad desarrolla y hace realidad la libertad de una mayoría; y, en la relación libertad-igualdad, la solidaridad juega un papel crucial de unión entre una y otra para hacerlas reales⁵⁶, consiguiendo hacer menos visibles las diferencias entre los miembros de la sociedad sin caer en un igualitarismo a ultranza que elimine la libertad.

Comúnmente, los Estados sociales se sustentan sobre la articulación de un nuevo modelo de libertad y sobre una dimensión de la igualdad que comprende una acción positiva del Estado, con arreglo a un principio de redistribución por el que se enriquecen los derechos de los menos dotados y se limitan los de quienes tienen una superioridad natural o económica. La realización de políticas sociales reestructura los espacios vitales espontáneos y los reorganiza valiéndose del Derecho⁵⁷. Y, puntualmente, el Estado social y democrático de Derecho previsto en el artículo 1.1 de la CE, dice Cossío, se perfila como un marco de directrices para la apreciación de los demás principios y reglas que se contienen en la Constitución y que por su nuclearidad, al tener una posición final y globalizadora del Ordenamiento jurídico, ha de ser invocado como unidad y aplicarse ponderativamente. Desde una perspectiva jurídica, la intervención de los poderes públicos en la vida social produce un aumento de las normas en la sociedad, lo que exige la creación de las correspondientes estructuras burocráticas e implicaciones sociales, y conduce al peligro de una sobresocialización del Derecho que puede confluir en la pérdida de autonomía de los Ordenamientos⁵⁸.

⁵⁶ A. SQUELLA, "Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VI, 1989, pp. 255-256.

⁵⁷ B. BIZKELETY, "Adverse Effect in Canada. Crossing the Rubicon from Formal to Substantive Equality", en T. LOENEN, P.R. RODRIGUES (eds.), *No-Discrimination Law. Comparative Perspectives*, M. Nijhoff, La Haya, 1999, p. 223.

⁵⁸ M. CALVO GARCÍA, "Paradojas regulativas: Las contradicciones del Derecho en el Estado intervencionista", en M.J. ANÓN, R. BERGALLI, M. CALVO y P. CASANOVAS (coords.), *Derecho y Sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 119; J.R. COSSÍO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, prólogo de M. Aragón Reyes, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 155.



En esta línea, Hart criticó la afirmación de que la libertad exclusivamente es limitable por la libertad; y la filosofía utilitarista, fundada por Bentham, mantiene que el fin del hombre y de la comunidad consiste en la mayor felicidad del mayor número de personas⁵⁹. En el mundo actual dominado por la globalización, no cabe duda de que prima el individuo y lo individual tendente al bienestar y alejado del tejido social. En esta sociedad prevalece la liberalización, la desregulación y la privatización, por lo que, en contrapartida, es necesario establecer criterios de justicia, garantizando derechos y defendiendo el Estado de bienestar sustentado en la ciudadanía social y en la solidaridad, cuyos objetivos son: la reducción de la pobreza y de la marginación; la protección en circunstancias de incertidumbre económico-social; y la garantía de los derechos básicos individuales, sociales y de solidaridad⁶⁰. En este escenario, Habermas encuentra la solución en la solidaridad como principio político que no olvide la autonomía⁶¹. La igualdad es la condición necesaria de la libertad social, todos han de ser puestos en la situación igual de ser libres, por tanto, los poderes públicos han de llevar a cabo una acción dual: por un lado, han de abstenerse de la realización de algunas acciones; y, por otro, han de actuar concretando y desdoblado esos principios⁶².

Si enlazamos lo que acabamos de decir con la obtención de la igualdad material, la fórmula “para cualquier bien X, el método justo de distribución consiste en dividir X en partes iguales” resume el igualitarismo, recobrando vigor las reglas de “a cada cual lo mismo” y “a todos por igual”. La crítica es la de que, tenido en cuenta que una distribución igual no siempre es justa, la distribución que posibilita el ejercicio de derechos iguales sí lo es ante el problema de la escasez de bienes; corrigiendo los axiomas precedentes por la confluencia de que “todos tienen derecho a un nivel de vida mínimo, y los bienes deben distribuirse de manera que se satisfaga un derecho igual”, se-

⁵⁹ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, edic. de J.H. BURNS y H.L.A. HART, Oxford University Press, Nueva York, 1996, cap. X, p. 40.

⁶⁰ J. de LUCAS MARTÍN, *El concepto de solidaridad*, cit., pp. 79 y ss.; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, con la colaboración de R. de Asís, C.R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., p. 279; E.J. VIDAL GIL, *Los derechos de solidaridad en el Ordenamiento jurídico español*, cit., pp. 80-93.

⁶¹ J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, introducción y trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2005, pp. 95 y ss.

⁶² *Ibidem*, pp. 39-47.

gún los conceptos de nivel mínimo de vida, calidad de vida, necesidades básicas y niveles vitales⁶³. Para circunscribir la igualdad material entre el individualismo y el colectivismo como fundamento de los derechos sociales, debemos sostener que se sitúa en el plano de “la igualdad para poder llegar a la meta”. La igualdad material, como igualdad de trato material, pretenderá llegar a la libertad moral, sin olvidar el uso apropiado de la social, política y jurídica y de los derechos que en ella se fundan⁶⁴.

La consecución de la igualdad fáctica por diferenciaciones o desigualdades jurídicas no se obtiene sólo con prestaciones. Además, como ya comenté, para saber si dos cosas son iguales se han de valorar relacionalmente, esgrimiendo los criterios que detallen si hay razones para un trato diverso. La clave reside en decidir qué desigualdades fácticas son alegables, y si aquéllas tienen fuerza para concretar una razón suficiente a la hora de instaurar otro trato⁶⁵.

En definitiva, la comprensión de la igualdad es dinámica por su complejidad. Complejidad percibida en que, con los poderes de decisión tradicionales ordenados por normas de competencia exclusivas y excluyentes, juegan grupos de presión. A este esquema se adjuntan la sociedad civil y los organismos internacionales que engendran y potencian nuevas relaciones⁶⁶, extractándose la justicia distributiva en que “entre varias distribuciones posibles, es distribución justa la que proporciona la mayor felicidad posible al mayor número posible de personas”. Los problemas se agrupan en que hay situaciones que se oponen a la igualdad sin que el utilitarismo las solucione, y en que hay inconvenientes inevitables en un sistema económico en el que la oferta y la demanda son decisivas⁶⁷.

Admitida la argumentación de L. Hierro, la igualdad “ha de ser entre todos los seres humanos en los recursos adecuados para satisfacer las nece-

⁶³ N. BOBBIO, “Eguaglianza ed equalitarismo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 3, 1976, pp. 321-330; F. QUINTANA BRAVO, *Prudencia y justicia en la aplicación del Derecho*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 33 y ss.

⁶⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, con la colaboración de R. de Asís, C.R. Fernández Liera y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 289 y 290. Cfr. también A. CALLINICOS, *Equality*, Polity Press, Cambridge (Reino Unido), 2000, pp. 25 y ss.; D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 45 y 46.

⁶⁵ L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, cit., pp. 81, 84 y 90.

⁶⁶ P. BARCELONA, *El individualismo propietario*, cit., pp. 23 y ss.

⁶⁷ F. QUINTANA BRAVO, “La prudencia y la justicia”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social (Chile)*, núm. 12, 1994, pp. 30 y ss.

sidades básicas, que deje a cada uno desarrollar de forma equiparablemente autónoma y libre su plan de vida”⁶⁸. Se observa que entre la igualdad de oportunidades y la de resultados hay una complementariedad que se trasluce, en gran parte, en la no contradicción entre la libertad y la igualdad. La consecución de la igualdad material justifica un trato diferenciado siempre que haya una desigualdad social, con la meta de reducirla o eliminarla obteniendo una sociedad más justa, evitando formas de neutralización, interiorización o anulación de las diferencias para erradicar la marginación⁶⁹. En resumidas cuentas, la Constitución española proclama la igualdad, pero no establece cuándo una circunstancia fáctica puede o debe ser tomada en consideración para operar una diferenciación normativa. La igualdad formal prevista en el artículo 14 y la material del 9.2 pueden convivir pacíficamente, pero también pueden entrar en confrontación, siendo esta clase de antinomias del tipo parcial/ parcial la que apunta que los ámbitos de validez de las normas son coincidentes parcialmente⁷⁰.

De esta manera, por lo común, la expresión *discriminación* ha venido utilizándose como negación de la igualdad básica de los seres humanos. La acción de discriminar no denota cualquier diferenciación neutral, sino la que se funda en un prejuicio negativo en base a que los miembros de un grupo se tratan como inferiores. De lo que se desprende una significación peyorativa que alude a una diferencia injusta de trato de grupos que se encuentran en desventaja de hecho. Así, es claro que la vulneración de la igualdad produce una discriminación desde el punto de vista amplio, y que la prohibición de discriminación surge estrictamente con referencia a algunas de las causas del artículo 14 de la CE. Las prohibiciones de discriminar en sentido estricto tienen un efecto negativo, la prohibición absoluta de cualquier trato jurídico diferenciado y

⁶⁸ L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, “Las huellas de la desigualdad en la Constitución”, en M.R. MATE RUPÉREZ (comp.), *Pensar la igualdad y la diferencia. (Una reflexión filosófica)*, Fundación Argentaria-Visor, Madrid, 1995, p. 137.

⁶⁹ M.J. FARIÑAS DULCE, *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud postmoderna”, cit.*, pp. 22 y 23. Esta técnica adolece de prácticas que es necesario cambiar, poniendo en evidencia Peces-Barba la gran confusión sembrada en los Estados generalizadores de los derechos sociales, en los que la igualdad como diferenciación es un instrumento para que se extiendan a todos los hombres, no para obtener la equiparación (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”-Dykinson, Madrid, 1999, p. 66.

⁷⁰ L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 183 y 184.

perjudicial por el hecho de pertenecer al colectivo en el que recae la discriminación; y otro positivo, la licitud de acciones positivas que lo apoya⁷¹.

Por tanto, las dos posibilidades que hay de percibir la relación entre la igualdad y la no discriminación son: a) Comprender la discriminación como desigualdad arbitraria de trato, siendo el principal mandato que los individuos deben ser tratados igual por encima de las condiciones o circunstancias personales o sociales. En este plano, la discriminación se desplaza a la cuestión genérica de la desigualdad e implica abordar los criterios empleados para fijar diferencias de tratamiento, los objetivos que se persiguen con la diferencia y la relación entre los fines y los medios. El listado de causas no da a conocer una prohibición cualitativamente diferente, sino la desigualdad que no es razonable, ya que, dada su frecuencia y especial riesgo, se ha estimado que la interdicción se debe cuidar de algunos peligros al constituir causas razonables de diferenciación⁷²; y b) distinguir el principio de igualdad de trato, genéricamente entendido, que prohíbe llevar a cabo diferencias arbitrarias, del principio específico referente a la prohibición de discriminación que protege a grupos que suelen estar sistemáticamente marginados, concluyéndose que es uno de los elementos indispensables para alcanzar la igualdad material⁷³.

M^a ISABEL GARRIDO GÓMEZ

Área de Filosofía del Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de Alcalá

C/Librerías, 27

28801 Alcalá de Henares (Madrid)

e-mail: misabel.garrido@uah.es

⁷¹ J.M. BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en las fronteras entre lo público y lo privado (la noción de State Action en la jurisprudencia norteamericana)*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 112 y 113; J. MONTGOMERY, "Legislating for a Multi-Faith Society: Some Problems of Special Treatment", en B. HEPPLER y E.M. SZYSZCZAK (eds.), *Discrimination: The Limits of Law*, Mansell, Londres, 1992, pp. 193 y ss.

⁷² M. RODRÍGUEZ PIÑERO y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, cit., p. 235.

⁷³ *Ibidem*, pp. 235 y 236. Para mayor información sobre estas cuestiones, cfr. E. HEINZE, *The Logic of Equality. A Formal Analysis of Non-Discrimination*, Ashgate, Aldershot, (Reino Unido), 2003, pp. 35 y ss.; D. KAIRYS (ed.), *The Politics of Law. A Prospective Critique*, Basic Books, Nueva York, 1998.